Der menschliche Körper als Beweismittel im Strafprozesse.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen
Universität Marburg

vorgelegt von

Herbert Herrmann
Referendar aus Frankfurt a. M.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1913.

Referent: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Traeger.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Aschrott, Reform des Strafprozesses. 1906.

Beling, Die Vornahme von Untersuchungen am lebenden menschlichen Körper als Prozeßmaßregel. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 15 S. 474.

Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß. 1903.

Bennecke-Beling, Lehrbuch der deutschen Reichsstrafprozeßordnung. 1900.

v. Bar, Systematik des deutschen Strafprozeßrechts. 1878.

v. Bomhardt, Strafprozeßordnung. 1904.

Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts. 1904.

Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht. 1898.

Dalcke, Strafprozeßordnung.

Franck, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 1910.

Friedrichs, Der menschliche Körper als Beweismittel. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 14 S. 390.

Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts. 1880.

Glaser, Handbuch des Strafprozesses. 1883—1885.

Groß, Handbuch für Untersuchungsrichter. 1908.

Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis. 1883.

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1879.

Heusler, Die Grundlagen des Beweisrechts. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 62 S. 209.

John, Kommentar zur Reichsstrafprozeßordnung. 1884—1888.

Köppmann, Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung. 1901.

v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1892.

v. Lilienthal, Strafprozeßrecht. In Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft.

Löwe-Hellweg, Kommentar zur Strafprozeßordnung. 1907.

Lüder, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts. 1881.

Mittermaier, Die Lehre vom Beweis im deutschen Strafprozeß. 1834.

Puchelt, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1881.

Rosenfeld, Reichsstrafprozeß. 1909.

Rosenmayer, Der menschliche Körper als Beweisobjekt. Im Gerichtssaal 1904 S. 40.

Rupp, Der Beweis im Strafverfahren. 1884.

Rintelen, Systematische Darstellung des gesamten neuen Prozeßrechts, Strafprozeß, hauptsächlich in Bd. 3. 1881—1883.
Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. 1895.
Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung. 3. Aufl.
Stenglein, Zur Reform des Strafprozesses. Im Gerichtssaal Bd. 62.
v. Stengel, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1890.
v. Schwartze, Kommentar zur Strafprozeßordnung.
Thilo, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1878.
Traeger, Wille, Determinismus, Strafe. 1895.
Ullmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1893.
Voitus, Kontroversen zur Strafprozeßordnung. 1880.
Voitus, Kommentar zur Strafprozeßordnung.
v. Wilmowski-Levy, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1./2. Aufl.

Archiv für Strafrecht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Der Gerichtssaal.
Zeitschrift für Zivilprozeß.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Motive zur Strafprozeßordnung. 1873.
Protokolle der Reichsjustizkommission für die Reform des Strafprozesses, herausgegeben vom Reichsjustizamt. 1905.
Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz nebst Begründung, herausgegeben vom Reichsjustizamt. 1908.
Entwurf einer Strafprozeßordnung, Reichstagsvorlage 1909.
Verhandlungen des Reichstags 1911 Bd. 277.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Einleitung.

Die richterliche Überzeugung entsteht durch die Verwertung empfangener Sinneseindrücke, d. h. durch deren Subsumption unter Begriffe. Gehen die Sinneswahrnehmungen von Gegenständen aus, so kann man diese Anknüpfungspunkte der richterlichen Beweistätigkeit als sachliche Beweismittel bezeichnen.[1])

Gegenstand der folgenden Untersuchung ist die Verwendbarkeit des menschlichen Körpers als Beweismittel im obigen Sinne, jedoch scheiden die Fälle aus, in denen der tote Körper zu Beweiszwecken gebraucht werden kann, weil hierfür die Strafprozeßordnung in den §§ 87 ff. hinreichend klare Vorschriften aufgestellt hat.

Es sind unter dem Thema „Der menschliche Körper als Beweismittel" strenggenommen nur jene Fälle zu behandeln, in denen aus der Körperbeschaffenheit selbst Schlüsse auf relevante Tatsachen im beweisrechtlichen Sinne zu ziehen sind, d. h. nur solche Fälle, in denen ein Zustand am Körper, mithin der Körper selbst als Indiz verwertet wird, z. B. aus dem Vorhandensein einer Narbe am Körper des Verletzten wird in Verbindung mit andern Umständen mittels Kausalitätsschlusses auf eine verübte körperliche Mißhandlung geschlossen.

Aus Gründen, die sich später ergeben werden, soll der Begriff des Beweismittels etwas weiter gefaßt werden. Es soll nicht nur die Verwendbarkeit des Körpers selbst als Indiz untersucht werden. Die Behandlung des Themas soll sich auch auf die Fälle erstrecken, in denen in der nächsten Umgebung des menschlichen Körpers Beweismittel vorhanden sind, zu deren Feststellung oder Auffindung an der Person gesucht werden muß, z. B. der Dieb hält einen gestohlenen Edelstein im After versteckt. Während im vorigen Falle der Körper selbst Indiz war, wird hier eine Sache, ein Indiz, am Körper gesucht.

---

[1]) vgl. Rupp a. a. O. S. 105.

Erster Teil.

Das geltende Recht.

§ 1.

Die Verwertung des menschlichen Körpers zu Beweiszwecken.

Ob es dem Richter möglich ist, gegen den Willen des Betroffenen den menschlichen Körper als Beweismittel in den beiden oben geschilderten Arten zu gebrauchen, soll später geprüft werden. Zunächst interessiert es, ob es beweisrechtlich zulässig ist, daß der Richter sinnliche Wahrnehmungen, die er am menschlichen Körper gemacht hat, zu seiner Beweistätigkeit verwertet. Ist in der Umgebung des Körpers ein Indiz vorhanden und hat sich hierauf die Besichtigung des Richters erstreckt, so ist ohne weiteres klar, daß aus dem betreffenden Gegenstand Schlüsse gezogen werden können. Denn es macht keinen Unterschied, wo eine Sache, die zu Beweiszwecken gebraucht werden kann, sich befindet oder sich befunden hat.

Ist die Körperbeschaffenheit selbst Indiz, so ist die Frage nach ihrer beweisrechtlichen Benutzbarkeit ebenfalls zu bejahen.[1]) Denn als sachliches Beweismittel, d. h. als Anknüpfungspunkt der richterlichen Subsumptionstätigkeit ist jedes Ding der Außenwelt vom Standpunkt des Richters aus zu bezeichnen.

In beiden Fällen erfolgt die Benutzung des menschlichen Körpers, falls das Gericht selbst aus eigener Sinneswahrnehmung sich von dem Vorhandensein des Indizes überzeugen will, durch Augenschein.

Augenscheinseinnahme ist die richterliche Handlung, wodurch sich der Richter von dem Dasein gewisser Merkmale, die auf die Beurteilung der Sache Einfluß haben können, durch eigene sinnliche Wahrnehmung Kenntnis zu verschaffen sucht. Will der

---

[1]) vgl. Beling S. 471.

Richter demnach eine Narbe am Körper besichtigen oder will er nach einem am Körper verborgenen Gegenstande suchen, so erfolgt in beiden Fällen die Benutzung der Indizien durch Augenscheinseinnahme, sei es, daß diese in der Gestalt des sogen. reinen Augenscheins, sei es, daß er in der des gemischten stattfindet, d. h. unter Zuziehung von Sachverständigen oder anderen Personen.

Der menschliche Körper wird somit in beiden Fällen durch die prozessuale Handlung der Augenscheinseinnahme als Beweismittel verwertet.

Eine andere Frage ist die, durch welche prozessualen Handlungen der menschliche Körper als Beweismittel gewonnen wird.

Wenn nämlich die beweiserhebliche Körperbeschaffenheit an einer Stelle des Körpers zu suchen ist, die in der Regel von Kleidungsstücken bedeckt ist, so bedarf es zur Gewinnung dieses Beweismittels noch einer besonderen Handlung, ebenso wie wenn der Gegenstand, der zu Beweiszwecken dienlich gemacht werden soll, am Körper verborgen ist. In beiden Fällen — und darin besteht ihre tatsächliche Ähnlichkeit — wird von dem Richter bezw. von einer Gerichtsperson der Körper zu entblößen sein. Verschieden sind allerdings die Handlungen, die nach der Entblößung des Körpers mit dem gemeinsamen Zweck der Auffindung der Indizien vorgenommen werden. Im ersten Fall wird der Körper nach dem Sprachgebrauch des Lebens untersucht,[1] während im zweiten Fall der Körper durchsucht wird. Der Unterschied zwischen beiden Arten des Suchens liegt eben darin, daß bei der ersten Art der Suchende sein Augenmerk auf die Substanz des Objektes selbst richtet, während bei der zweiten Art an dem durchsuchten Objekt ein Fremdkörper gesucht wird.

Beide Arten des Suchens sind strafprozessual unter den Begriff der Durchsuchung (§§ 102, 103 StPO.) zu bringen.[2] Es

---

[1]) vgl. Beling S. 473; Rosenmeyer a. a. O. S. 41.

[2]) § 102. Bei demjenigen, welcher als Täter oder Teilnehmer einer strafbaren Handlung oder als Begünstiger oder Hehler verdächtig ist, kann eine Durchsuchung der Wohnung und anderer Räume sowie seiner Person und der ihm gehörigen Sachen sowohl zum Zwecke seiner Ergreifung als auch dann vorgenommen werden, wenn zu vermuten ist, daß die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde.

kann Rosenmeyer[3]) nicht gefolgt werden, der auf dem Standpunkt steht, die Untersuchung der Person sei niemals Durchsuchung, sie sei Augenscheinseinnahme. Dies ist nur insoweit richtig, als Augenscheinseinnahme der letzte Abschnitt des Suchens in dem Falle ist, in dem Zustände an einem in der Regel bekleideten Körperteil als Indizien benutzt werden sollen. Die Durchsuchung ist nur Mittel zum Zweck der Augenscheinseinnahme für den Fall, daß diese dem Richter nicht ohne weiteres möglich ist. Und darin besteht der von Rosenmeyer bestrittene Unterschied in der juristischen Behandlung der Untersuchung etwa einer Narbe am Kopf und einer Narbe am Oberschenkel. Rosenmeyer meint nämlich, der Begriff der Bekleidung habe mit dem juristischen Begriffe der Durchsuchung nichts zu tun. Das ist nicht richtig; denn ist eine Körperstelle, die untersucht werden soll, in der Regel unbekleidet, so ist zum Zwecke der Untersuchung eine Durchsuchung nicht nötig, ist sie aber bekleidet, und wird sie von der betroffenen Person nicht freiwillig bloßgelegt, so ist die Untersuchung ohne eine Durchsuchung nicht möglich. Auch v. Holtzendorff[4]) will aus dem Begriff der Durchsuchung die körperliche Untersuchung ausscheiden, ebenso v. Kries.[5]) Während v. Holtzendorff seine Ansicht nicht näher begründet, stützt v. Kries seine Meinung darauf, daß die Durchsuchung nur den Zweck verfolge, die Beschlagnahme von Beweismitteln zu ermöglichen. Wenn er also von Durchsuchung der Person spricht, so begreift er hierunter nur die Fälle, in denen in der nächsten Umgebung des Körpers verborgene Gegenstände zum Zwecke ihrer Verwertung als Indizien gesucht werden.

---

§ 103. Bei anderen Personen sind Durchsuchungen nur behufs der Ergreifung des Beschuldigten oder behufs der Verfolgung einer strafbaren Handlung oder behufs der Beschlagnahme bestimmter Gegenstände und nur dann zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet.

Diese Beschränkung findet keine Anwendung auf die Räume, in welchen der Beschuldigte ergriffen worden ist, oder welche er während der Verfolgung betreten hat, oder in welchen eine unter Polizeiaufsicht stehende Person wohnt oder sich aufhält.

[3]) Rosenmeyer a. a. O. S. 74.

[4]) v. Holtzendorff a. a. O. S. 325.

[5]) v. Kries a. a. O. S. 296.

Ob der Zweck der Durchsuchung allein die Ermöglichung der Beschlagnahme ist, wird im Zusammenhange mit der geschichtlichen Entwicklung (§§ 102, 103) zu prüfen sein. Hier genüge es, darauf hinzuweisen, daß der Begriff der Durchsuchung die körperliche Untersuchung in sich schließt. Die angezogenen Gesetzesbestimmungen der §§ 102, 103 haben vom Gesetz den Oberbegriff „Durchsuchung" erhalten. Was unter dieser zu verstehen ist, hat das Gesetz nicht definiert. Die beiden Paragraphen enthalten nur die Regelung der Frage, wann die Durchsuchung zwangsweise durchgeführt werden darf. Aufgabe der Durchsuchung ganz allgemein ist, dem Richter Einblick in solche Gebiete fremden Rechtsbereichs zu verschaffen, der tatsächlich und rechtlich sonst nicht möglich ist.

Hieraus ergibt sich, daß die Ansicht Belings,[6]) es liege in der zum Zwecke prozessualer Beweisaufnahme beschlossenen körperlichen Untersuchung eine Kombination von Augenscheinseinnahme und Durchsuchung, nicht zutrifft. Es handelt sich zweifellos, wenn eine Narbe im Gesichte besichtigt wird, um eine körperliche Untersuchung durch Augenscheinseinnahme, ohne daß hier von einer Durchsuchung die Rede sein kann.

Demnach ergibt sich, daß der menschliche Körper in beiden Fällen (Körper als Indiz und Indiz in der Umgebung des Körpers) durch die prozessuale Handlung der Augenscheinseinnahme für die Beweiserhebung verwertet wird und daß die Durchsuchung das Mittel ist, um den Zweck der Augenscheinseinnahme dann zu ermöglichen, wenn das Indiz nicht offen zutage tritt.

Als zweite Art der Verwertung des menschlichen Körpers zu Beweiszwecken ist die zu denken, daß der Richter einem Zeugen oder Sachverständigen aufgibt, sich über einen bestimmten beweiserheblichen Zustand am Körper einer Person zu unterrichten und ihn sodann über seine Wahrnehmungen hört.[7]) Ob die betreffende Person verpflichtet ist, sich von dem betreffenden Zeugen oder Sachverständigen untersuchen zu lassen, hängt von denselben

---

[6]) Beling S. 474 a. a. O.

[7]) vgl. Beling S. 475 und die dort Zitierten.

Voraussetzungen ab, unter denen sie die Untersuchung durch den Richter dulden muß. Daß ein Arzt in diesem Falle mit dem ärztlichen Berufsgeheimnis in Konflikt geraten kann, ist nicht anzunehmen, da in der Regel der Untersuchte nicht Anvertrauender im Sinne des § 300 RStGB. zu sein pflegt.[3]) Denkbar ist freilich, daß unter Umständen darin, daß sich eine Person von einem vom Gericht beauftragten Arzt freiwillig untersuchen läßt, ein Anvertrauen im Sinne der angezogenen Gesetzesbestimmung liegt.

§ 2.

Die Besichtigung des Körpers ein Eingriff in die persönliche Freiheit.

Mittermaier[1]) lehrt, daß jeder Bürger schuldig sei, die im Interesse der gesellschaftlichen Sicherheit vorgenommene Ausübung der Kriminaljustiz zu befördern. Die Zweckmäßigkeit dieser Ansicht kann man wohl anerkennen. Nach geltendem Recht jedoch läßt sich die Ansicht Mittermaiers nicht halten. Die einzelnen Verpflichtungen, die dem Staatsbürger zwecks Mitwirkung an der Strafrechtspflege auferlegt sind, sind in der Strafprozeßordnung und in anderen Gesetzen genau festgestellt. Sie sind es deshalb, weil nach den sogen. Grundrechten der Verfassung grundsätzlich dem Staatsbürger vollkommene Freiheit des Tuns und Lassens eingeräumt ist. Daher besteht eine allgemeine gesetzliche Verpflichtung des einzelnen, alles das zu tun, was den Zwecken der Strafrechtspflege förderlich ist, wie sie auch das Reichsgericht[2]) anzunehmen scheint, nicht. Diejenigen Gesetzesvorschriften, die dem einzelnen eine Verpflichtung zur Mitwirkung an der Strafrechtspflege auferlegen, sind Ausnahmesätze gegenüber der verfassungsmäßig gewährleisteten persönlichen Freiheit. Dies wird bei der Prüfung der Frage, inwieweit der einzelne verpflichtet ist, mit seinem Körper als Beweismittel zu dienen, stets zu berücksichtigen sein. Die Mehrzahl der Schrift-

---

[3]) vgl. Dr. S. Plazek, Das Berufsgeheimnis des Arztes, Leipzig 1898.

[1]) Mittermaier a. a. O. S. 173.

[2]) vgl. RG. II. Strafsenat v. 11. 6. 1886, E. Bd. 14 S. 189 ff.

steller (s. weiter unten) vertritt in dieser Beziehung den Standpunkt, daß der Staatshoheit erlaubt ist, was nicht verboten ist. Aus dem oben geschilderten Verhältnisse zwischen Verfassung und Strafprozeßordnung geht jedoch hervor, daß den Organen des Staates das verboten sein muß, was nicht ausdrücklich erlaubt ist. Jede Handlung, die einen Eingriff in die persönliche Freiheit mit sich bringt, muß durch ein Gesetz oder durch eine auf Grund eines Gesetzes erlassene Verordnung ausdrücklich gestattet sein. Denn nach Art. 5 preuß. VU. ist die persönliche Freiheit gewährleistet; die Bedingungen und Formen, unter welchen eine Beschränkung derselben, insbesondere eine Verhaftung, zulässig sein soll, werden durch das Gesetz bestimmt. Daß diese Vorschrift gegenüber der Reichsverfassung ihre Geltung behalten hat, daß sie ferner nicht nur auf preußische Staatsbürger, sondern auch auf Angehörige jedes andern Bundesstaates und auf jeden Ausländer anzuwenden ist, ist als Gemeingut der staatsrechtlichen Lehre zu bezeichnen.[3])

Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß jede körperliche Untersuchung, ob sie sich nun auf die Besichtigung eines in der Regel bekleideten Körperteils erstreckt oder ob sie die Auffindung von Fremdkörpern, die an der Person etwa verborgen sind, bezweckt, einen Eingriff in die persönliche Freiheit darstellt. Dem Menschen von heute ist regelmäßig eine angeborene oder anerzogene Scheu eigen, einem Dritten den Körper unbekleidet zu zeigen, namentlich findet sich diese Scheu beim weiblichen Geschlecht. Sie ist im Laufe der Zeit Schwankungen unterworfen gewesen, sie ist verschieden geartet nach den Sitten eines jeden Landes. Die Frage, ob eine körperliche Untersuchung einen Eingriff in die persönliche Freiheit mit sich bringt, ist daher nach den zur Zeit in der betreffenden Rechtsgemeinschaft herrschenden Anschauungen zu beurteilen.

Stellt, unter diesem Gesichtspunkte betrachtet, die körperliche Durchsuchung als Untersuchung oder Visitation einen Eingriff in die durch die Verfassung gewährleistete persönliche Freiheit dar, so fragt es sich, worauf ein solcher Eingriff gestützt werden könnte.

---

[3]) vgl. hierüber ausführlich Beling a. a. O. S. 478/79.

Wir haben uns auf die Frage zu beschränken: Wann kann eine Person im Strafprozesse gezwungen werden, eine Durchsuchung des Körpers (Untersuchung und Visitation) zu dulden?

§ 3.

Die Verpflichtung des Beschuldigten, eine Durchsuchung seiner Person zu dulden.

Das Gesetz hat in den oben zitierten (s. S. 3 und 4) Bestimmungen die Durchsuchung verschieden gestaltet gegenüber solchen Personen, die als Täter oder Teilnehmer einer strafbaren Handlung oder als Begünstiger oder Hehler verdächtig sind — diese Personen sollen im folgenden schlechthin als Verdächtige bezeichnet werden — und gegenüber solchen, gegen die ein Verdacht nicht vorliegt — Dritte —.

Dieser Scheidung des Gesetzes folgend soll zunächst geprüft werden, inwieweit die Person des Verdächtigen gegen dessen Willen durchsucht werden darf. Nach § 102 StPO. sind Durchsuchungen der Person des Verdächtigen dann zulässig, wenn zu vermuten ist, daß diese zur Auffindung von Beweismitteln führen werde. Es ist sowohl in der Praxis als auch in der Literatur überall anerkannt,[1]) daß die Durchsuchung im eigentlichen Sinne hinsichtlich der Person des Verdächtigen — es wird nach dem Vorhandensein von Fremdkörpern an der Person gesucht — zulässig ist.

Fraglich ist, wie weit die Verpflichtung des Verdächtigen geht, sich nach Beweismitteln, die er an oder in seinem Körper verborgen trägt, durchsuchen zu lassen. Ist der Verdächtige z. B. verpflichtet, sich ein Brech- oder Abführmittel eingeben zu lassen, damit festgestellt werden kann, ob er irgendeinen Gegenstand, der zu seiner Überführung dienen könnte, verschluckt hat? Die Ansichten hierüber sind geteilt. Während die Praxis derartige Hand-

---

[1]) Beling a. a. O. S. 494; v. Holtzendorff S. 324; Glaser S. 289; Rosenmeyer S. 43; Puchelt S. 221; Thilo S. 100; Rosenfeld S. 162; v. Kries S. 295 und die Komm.

lungen zuweilen zuläßt, stehen **Beling**[2]) und **Kronecker**[3]) auf dem Standpunkt, daß die Duldungspflicht des Beschuldigten aus dem Grunde nicht so weit gehe, weil die Durchsuchung für den Betroffenen nicht schmerzhaft sein und seine körperliche Unversehrtheit nicht verletzen dürfe.

Ein weiterer Grund spricht für die Ansicht **Belings**. Nach § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO. ist der Beschuldigte zu befragen, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern **wolle**. Diese Bestimmung entspricht der Tendenz unserer Strafprozeßordnung. Im Gegensatz zum Inquisitionsprozeß, in dem der Beschuldigte Prozeßobjekt war, ist dieser jetzt Prozeßsubjekt. Aus der Verfolgung dieses Gedankens ergibt sich, daß der Beschuldigte jedenfalls nicht verpflichtet ist, persönlich an der Beschaffung des Prozeßstoffes mitzuwirken. Wir haben den Begriff einer persönlichen Mitwirkung näher zu betrachten. Bewegungen sind entweder willkürliche oder unwillkürliche im physischen Sinne. Die unwillkürlichen Körperbewegungen pflegt man auch als Reflexbewegungen zu bezeichnen. Ob der Beschuldigte sich auf die Beschuldigung erklären will, steht in seiner Willkür. Wird ihm jedoch ein Brech- oder Abführmittel eingegeben und gibt er infolgedessen einen zu seiner Überführung dienlichen Gegenstand von sich, so trägt er persönlich zur Ermittlung des Sachverhaltes bei, wenn auch nur durch eine Reflexbewegung. Dies aber darf nach der Tendenz unserer Strafprozeßordnung dem Beschuldigten nicht zugemutet werden. Der Fall liegt nicht anders, als wenn der Beschuldigte durch Foltermittel zur Aussage gezwungen wird. Der Durchschnittsmensch besitzt nicht die Fähigkeit oder die Willenskraft, auf die Dauer körperlichen Schmerzen zu widerstehen. Noch weniger ist es einem Menschen möglich, die Reaktion eines Nervs auf eine bestimmte Körperfunktion zu verhindern, wenn der betreffende Nerv durch ein Mittel in gewisser Weise gereizt wird. Der Wille des Beschuldigten, nicht auszusagen, darf nicht durch Folter gebeugt werden. Ebenso erscheint jede, auch die unwillkürliche Bewegung des Beschuldigten, die durch das Eingeben

---

[2]) **Beling** a. a. O. S. 494; ders., Beweisverbote S. 11.

[3]) **Kronecker** in Goltdammers Arch. Bd. 29 S. 318.

eines Medikamentes veranlaßt ist, als im Widerspruch zu § 136 StPO. erzwungen und daher unzulässig.

Daß der Beschuldigte auch gegen seinen Willen nach dem heute üblichen System der Bertinollage gemessen werden darf, daß Fingerabdrücke von ihm genommen werden dürfen, steht dem zuvor Ausgeführten nicht entgegen, da es sich hier um ein bloßes Dulden handelt.

Es ist festzustellen, daß die Vornahme aller Durchsuchungshandlungen, die für den Angeklagten mit körperlichen Schmerzen und Verletzung seiner Körperintegrität verbunden sind, unzulässig sind. Es darf daher dem Angeklagten nicht zur Feststellung seiner Identität der Bart abrasiert werden. Es darf kein Einschnitt in irgendeinen Körperteil bei ihm vorgenommen werden, damit ersichtlich werde, ob eine bei der Gegenwehr des Verletzten abgegebene Kugel in dem Körper des Beschuldigten vorhanden ist. Ferner dürfen keine Durchsuchungshandlungen vorgenommen werden, die den Beschuldigten zu einer persönlichen, wenn auch unwillkürlichen Mitwirkung zur Beschaffung des Prozeßstoffes nötigen.

Dies alles bezieht sich auf die sogen. Visitation, d. h. die Durchsuchung der Person nach Fremdkörpern. Kann auf Grund des § 102 der Verdächtige auch gezwungen werden, sich untersuchen zu lassen? Muß er sich entkleiden lassen, damit aus seiner Körperbeschaffenheit selber Schlüsse auf beweiserhebliche Tatsachen gezogen werden können? Die Praxis und die herrschende Lehre erkennen eine derartige Verpflichtung mit Recht an.

Rosenmeyer und Kries[4]) dagegen stehen auf dem Standpunkte, die körperliche Untersuchung falle nicht unter den Begriff der Durchsuchung, also nicht unter § 102 StPO. (ebenso Holtzendorff).[5])

Kries begründet seine Auffassung damit, daß § 102 nur die Beschlagnahme von Beweismitteln ermöglichen solle. Diese Ansicht steht nicht im Einklang mit dem Gesetze, da die Durchsuchung der Person nur dann vorgenommen werden darf, wenn zu vermuten ist, daß sie zur Auffindung von Beweismitteln führen werde, was auf S. 3 bereits nachgewiesen ist.

---

[4]) Rosenmeyer a. a. O. S. 44; v. Kries S. 295; s. oben S. 3.

[5]) v. Holtzendorff a. a. O. S. 324.

Ähnlich wie **Kries** schließt **Rosenmeyer**. Beide Schriftsteller erkennen trotzdem die Pflicht des Verdächtigen, sich körperlich durchsuchen zu lassen, an. Sie wollen diese Verpflichtung allerdings nicht aus § 102, sondern aus einer selbständigen Pflicht zur Duldung des Augenscheins herleiten. Ob eine derartige Verpflichtung wirklich besteht, soll im Zusammenhang mit der Frage geprüft werden, inwieweit die Durchsuchung der Person eines Dritten, d. h. des Nichtverdächtigen, zulässig ist.

Anhang.

Die Verpflichtung einer zum Tode verurteilten schwangeren Frauensperson, sich zur Feststellung dieses Zustandes untersuchen zu lassen.

Anhangsweise sei hier noch eine Frage erörtert, die in einem gewissen Zusammenhange mit dem Thema steht. Nach § 485 StPO. darf an schwangeren Personen ein Todesurteil nicht vollstreckt werden. Es ist fraglich, ob eine Verurteilte, die vorgibt, schwanger zu sein, gegen ihren Willen auf diesen Zustand hin untersucht werden darf.

Die landesrechtlichen Bestimmungen, die das Gefängniswesen regeln, z. B. die Gefängnisordnung der preuß. Justizverwaltung von 1898 und die Verordnung betr. die Strafanstalten und die dem Minister des Innern unterstehenden größeren Gefängnisse von 1906,[1]) kennen zwar die Verpflichtung eines eingelieferten Straf- oder Untersuchungsgefangenen, sich körperlich durchsuchen zu lassen — hierzu gehört unter Umständen auch die ärztliche Untersuchung des Körpers —, doch besteht eine derartige Verpflichtung nur bei der Einlieferung und in den beiden ersten Tagen des Aufenthalts in der Strafanstalt oder dem Gefängnis. Nach den Gefängnisordnungen scheint demnach eine Verpflichtung der zum Tode Verurteilten, sich auf ihre Schwangerschaft hin untersuchen zu lassen, nicht zu bestehen. Es bedarf keines weiteren Hinweises darauf, daß aus der Vorschrift des § 102 StPO. für

[1]) Diese Bestimmungen sind Gesetze, die nach Art. 5 VU. für den preußischen Staat die Bedingungen und Formen regeln, unter denen Beschränkungen der persönlichen Freiheit zulässig sind.

den geschilderten Fall eine Duldungspflicht nicht hervorgeht, da die angezogene Gesetzesbestimmung nur die Zulässigkeit von Durchsuchungen zwecks Auffindung von Beweismitteln einer strafbaren Handlung regelt.

Die Frage nach einer derartigen Duldungspflicht kann leicht praktisch werden. Es sei hier nur an den Fall der Grete Beyer erinnert, die vorgab, schwanger zu sein, um einen Strafaufschub zu erwirken. Es liegt die Annahme nahe, man müsse der zum Tode Verurteilten in analoger Anwendung der Regeln über die Beweislast die Verpflichtung, sich körperlich untersuchen zu lassen, auferlegen. Denn im allgemeinen muß derjenige, der einen Strafaufschub erwirken will, dessen Voraussetzungen erweisen. Hier trifft diese Annahme jedoch nicht zu. Die Vorschrift des § 485 ist im öffentlichen Interesse und im Interesse der Leibesfrucht gegeben. Die zum Tode Verurteilte kann nicht darauf dringen, daß die Todesstrafe an ihr vor ihrer Entbindung vollstreckt werde. Es ergibt sich hieraus, daß der im § 485 Abs. 2 erwähnte Zustand von Amts wegen festzustellen ist und daß der Betroffenen eine Beweislast in obigem Sinne nicht aufgebürdet werden darf.

Durch die Vorschrift des § 485 StPO. ist an die strafvollstreckende Behörde das Verbot ergangen, an schwangeren Personen das Todesurteil zu vollstrecken. Wie soll sich nun diese oder der Richter, der über die Aussetzung entscheidet, Gewißheit über die Schwangerschaft der Person verschaffen? Die einzige Möglichkeit bietet die körperliche Untersuchung. Wenn auch ein Gesetz, das sie gestattet, nicht besteht, dürfte sie trotzdem zulässig sein, weil in der körperlichen Untersuchung einer Schwangeren durch eine Hebamme oder einen Arzt ein Eingriff in die persönliche Freiheit nicht erblickt werden kann. Bei wirklich schwangeren Personen besteht nach den Erfahrungen des Lebens ein direktes Bedürfnis nach ärztlicher Konsultation. Das Bedürfnis besteht nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv, da schwangere Personen sich in vielen Fällen zeitig einer besonderen Diät und Schonung unterziehen müssen. Man wird daher der Gefängnisverwaltung aus diesen Gesichtspunkten das Recht zugestehen dürfen, eine Person, die vorgibt, schwanger zu sein, auch gegen ihren Willen körperlich untersuchen zu lassen.

§ 4.

Die Duldungspflicht des Dritten nach § 103 StPO.

Bisher ist von der Duldungspflicht des Verdächtigen im Sinne des § 102 StPO. die Rede gewesen. Besteht für den Dritten ebenfalls eine solche Verpflichtung?

Ein Eingriff in die persönliche Freiheit muß durch ein Gesetz gestattet sein. Zunächst ist daher zu untersuchen, ob ein derartiges Gesetz besteht. Dann erst soll auf die in der Literatur vertretenen Ansichten, die die Pflicht Dritter, sich körperlich untersuchen zu lassen, aus andern Gesichtspunkten herleiten wollen, eingegangen werden.

Sedes materiae ist § 103 StPO. Der Gesetzgeber geht von dem Gedanken aus, daß eine Durchsuchung, die für den Betroffenen auf jeden Fall Unannehmlichkeiten mit sich bringt, dem Verdächtigen leichter zugemutet werden darf wie dem Dritten. Er hat daher die Möglichkeit der Durchsuchung bei dem Unverdächtigen einschränken wollen.

Es wird nachzuweisen sein, daß die wichtigste Einschränkung des § 103 der Bestimmung des § 102 gegenüber darin liegt, daß eine Untersuchung der Person des Dritten nicht zulässig ist.

I. Die Entstehungsgeschichte des § 103.

Der Begriff „Durchsuchung" ist der Oberbegriff der in §§ 102 und 103 erwähnten strafprozessualen Handlungen. Dieser Oberbegriff sagt: In den folgenden Bestimmungen soll die Rede davon sein, wie der Richter nach Augenscheinsobjekten, die dem Dritten verschlossen sind, suchen kann. Daß die Durchsuchungen der §§ 102 u. 103 im einzelnen etwas wesentlich anderes sind und nicht nur die in der Literatur anerkannten Einschränkungen haben, ist aus dem Wortlaut der Motive der Strafprozeßordnung zu folgern.

Die Motive sagen nämlich: „§§ 93 u. 94 (jetzt §§ 102 u. 103) enthalten die Vorschriften über die Bedingungen einer Durchsuchung. Es ist hierbei unterschieden zwischen solchen Untersuchungen, welche bei einem der Straftat Verdächtigen, und solchen,

welche bei anderen Personen vorgenommen werden. Die Wahrscheinlichkeit, daß eine strafbare Handlung begangen sei, ist in beiden Fällen selbstverständliche Voraussetzung der Durchsuchung. Unter dieser Voraussetzung ist es gerechtfertigt, bei dem Verdächtigen selbst eine Durchsuchung dann vorzunehmen, wenn die Vermutung begründet ist, daß sie zur Auffindung von Beweismitteln führen werde. Gegenüber anderen Personen erscheint die Durchsuchung nur als Mittel, die Herausgabe von Beweismitteln zu erzwingen, und sie wird sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn erstens die Beschlagnahme eines bestimmten Gegenstandes bezweckt wird, und zweitens, wo hinreichender Grund zu der Vermutung vorliegt, daß dieser Gegenstand sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet".

Die Motive dürfen zur Auslegung einer unklaren Gesetzesbestimmung verwertet werden, wenn es auch mit Vorsicht zu geschehen hat. Unklar ist aber die Vorschrift des § 103, sonst hätte sie nicht so tiefgreifende Kontroversen hervorgerufen.

Die Motive schränken die Durchsuchung des § 103 in hohem Maße ein. Gegenüber dem Verdächtigen erscheint die Durchsuchung als Mittel, die Auffindung von Beweismitteln zu ermöglichen, während sie bei dem Dritten **nur** den Zweck verfolgt, die Beschlagnahme von Gegenständen zu ermöglichen. Soll der menschliche Körper Beweismittel sein, so ergibt sich im Anschluß an die Motive folgende Gliederung:

1. **Durchsuchung bei dem Verdächtigen.**
   - A. Zweck der Durchsuchung:
     - a) Auffindung von Beweismitteln. Daher
   - B. Umfang der Durchsuchung:
     - a) Durchsuchung nach Fremdkörpern an der Person verborgen (Indiz in der Umgebung des Körpers) ist zulässig.
     - b) Untersuchung des Körpers (Körperbeschaffenheit selber Indiz) ist ebenfalls zulässig.
2. **Durchsuchung beim Dritten.**
   - A. Zweck: Beschlagnahme von Beweismitteln.
   - B. Umfang:
     - a) Durchsuchung des Körpers nach Beweismitteln, die

an der Person verborgen sind, ist zwar begrifflich möglich, doch, wie sich zeigen wird, nach dem Wortlaut des Gesetzes unzulässig.

b) Untersuchung des Körpers (Körperbeschaffenheit Indiz) ist begrifflich ausgeschlossen, da der menschliche Körper nicht der Beschlagnahme unterliegt.

Die Ansicht von Kries (vgl. oben S. 3), die Durchsuchung verfolge nur den Zweck, die Beschlagnahme von Beweismitteln zu ermöglichen, trifft daher nur für den § 103 zu. Bei dem Verdächtigen geht entgegen der Ansicht von Kries der Zweck der Durchsuchung weiter, da sowohl nach dem Wortlaute der Motive wie nach dem Wortlaut des Gesetzes Zweck der Durchsuchung die Auffindung von Beweismitteln ist.

Ist somit nach dem Zwecke der Durchsuchung im Sinne des § 103 die körperliche Untersuchung begrifflich ausgeschlossen, so ist im folgenden zu prüfen, ob nach § 103 die körperliche Durchsuchung zwecks Beschlagnahme bestimmter Gegenstände zulässig ist.

II. Der Wortlaut des § 103.

§ 103 bestimmt, daß bei dem Dritten Durchsuchungen nur behufs der Ergreifung des Beschuldigten oder behufs der Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung oder behufs der Beschlagnahme bestimmter Gegenstände zulässig sind, und zwar nur dann, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet.

Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift ergibt sich, daß die Durchsuchung der Person zwecks Beschlagnahme bestimmter Gegenstände unzulässig ist.

Kries u. a.[1]) vertreten den Standpunkt, daß der Umfang der Durchsuchung dem Objekte nach im § 103 derselbe sei wie in § 102. Wäre diese Ansicht richtig, so wäre nicht einzusehen was das Wort „nur" hinter Durchsuchung in § 103 bedeuten soll. Offenbar will dieses Wort auch eine Einschränkung dem

---

[1]) Kries S. 296 a. a. O.; Glaser Bd. 2 S. 291 a. a. O.; Löwe-Hellweg zu § 102.

Umfange der Durchsuchung nach aussprechen, denn eine Vergleichung der beiden Bestimmungen ergibt, daß die übrigen Einschränkungen ebenfalls durch das Wort „nur“ gekennzeichnet sind. Dieser Grund wäre vielleicht allein nicht beweiskräftig, er wird jedoch in Verbindung mit anderen für die hier vertretene Auffassung zu verwerten sein.

Die herrschende Lehre, die im Ergebnis, jedoch nicht in der Begründung mit der Ansicht von Kries übereinstimmt, nimmt an, daß nur in zwei Beziehungen Unterschiede zwischen der Durchsuchung des § 102 und des § 103 zu finden sind. Sie lehrt, eine Einschränkung liege zunächst darin, daß bei dem Dritten eine Durchsuchung nur dann vorgenommen werden dürfe, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen sei, daß die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befinde, während bei dem Verdächtigen eine bloße Vermutung dieses Vorhandenseins genüge. Es ist jedoch mit John[2]) darauf hinzuweisen, daß eine wirkliche Einschränkung hierin nicht zu finden ist. Denn eine Vermutung kommt psychologisch betrachtet dadurch zustande, daß, aus irgendeiner Tatsache oder einem Zustande durch verstandesmäßige Subsumption ein Schluß gezogen wird, d. h. daß sich bei dem Aufnehmenden eine Überzeugung bildet. Diese Überzeugung unterscheidet sich von dem bestimmten Wissen nur durch den geringeren Grad der Bestimmtheit, und dies in einer Weise, daß die Grenzen oft nicht festzustellen sind.[3]) Ein Beispiel möge das Gesagte erläutern. In einer Wohnung wird ein Diebstahl begangen. Ein Polizeihund stellt eine Dame, gegen die sonstige Verdachtsmomente nicht vorliegen. Ist nun der Umstand, daß die Dame den von dem Hunde in der Wohnung des Bestohlenen wahrgenommenen Geruch führt, eine Tatsache, aus der geschlossen werden kann, daß die gestohlenen Sachen sich in der Umgebung der Dame, etwa unter den Kleidern versteckt befinden, oder begründet dieser Umstand nur die Vermutung dieser Tatsache? Dieser Fall zeigt, wie schwer die Grenzen zwischen den Voraussetzungen der beiden Durchsuchungs-

---

[2]) vgl. John a. a. O. S. 812ff.

[3]) vgl. Rupp a. a. O. S. 93ff.

arten in dieser Richtung zu ziehen sind.[4]) Dem Gesetzgeber ist also hiermit noch nicht gelungen, was er beabsichtigt hat, nämlich einen tiefgreifenden Unterschied zu begründen. Die erste Einschränkung, wenn man überhaupt hier eine solche sehen will, ist von dem Gesetze durch die Worte „und nur dann“ gekennzeichnet. Worin liegen weitere Einschränkungen?

In einer zweiten Beziehung sind die Voraussetzungen des § 103 enger gefaßt als die des § 102. Die Durchsuchung bei dem Dritten ist nur dann zulässig, wenn die Beschlagnahme bestimmter Gegenstände bezweckt wird. Es wäre eine ganz eigenartige Gesetzesredaktion, wenn das „nur“, das im Anfange des Satzes hinter Durchsuchung gesetzt ist, sich auf diese Einschränkung beziehen sollte, da doch vor dem Zwecke der Beschlagnahme bestimmter Gegenstände noch zwei andere, nämlich die Ergreifung des Beschuldigten und die Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung, genannt sind. Es ergibt sich hieraus, daß sich das Wort „nur“ hinter Durchsuchung auf das Objekt der Durchsuchung bezieht. Dieser Schluß wird noch dadurch unterstützt, daß die Maßregeln der §§ 102 u. 103 ganz verschiedene Durchsuchungsarten sind, wie sich aus dem Wortlaute der Motive ergeben hat.

In welcher Beziehung ist nun das Objekt der Durchsuchung bei dem Dritten enger gefaßt als das der Durchsuchung bei dem Verdächtigen?

Die Antwort auf diese Frage gibt uns, ohne daß zunächst die Fassung des § 103 Abs. 1 berücksichtigt werden soll, Abs. 2 dieser Gesetzesbestimmung. § 103 Abs. 2 beginnt: „Diese Beschränkung findet keine Anwendung auf die Räume . . .“

Die Worte „diese Beschränkung“ zeigen uns, daß damit die gesamte Einschränkung gemeint ist, die in der Durchsuchung bei dem Dritten gegenüber der bei dem Verdächtigen gemacht werden soll. Wenn nun gesagt ist, daß diese Beschränkung, nämlich die des Abs. 1, keine Anwendung auf Räume, die dann näher aufgeführt werden, finden soll, so ist daraus zu schließen, daß sich die im Abs. 1 geregelte Durchsuchung ebenfalls nur auf Räume beziehen kann.

---

[4]) Weitere Beispiele bei John a. a. O. S. 815 ff.

Es ist also Objekt der Durchsuchung des § 103 nur ein Raum. § 103 regelt die sogen. Haussuchung. Allerdings ergibt sich aus § 103 nicht die Zulässigkeit einer allgemeinen Haussuchung, sondern nur einer Haussuchung nach bestimmten Gegenständen. Dies ergibt sich schließlich aus dem Wortlaute des Abs. 1 des § 103. Die Durchsuchung ist dann zulässig, wenn die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet.

III. Die ausdehnende Auslegung des § 103.

Trotz dieser Fassung des Gesetzes wollen viele Schriftsteller [1]) aus dem § 103 die Verpflichtung des Dritten herleiten, eine Durchsuchung der Person zu dulden, und zwar ist dies die herrschende Meinung.

Es wird zwar von Vertretern dieser Ansicht [2]) zugegeben, daß sich aus dem Wortlaut des § 103 eine derartige Verpflichtung nicht ergibt, weil es sprachlich ganz unmöglich sei, die Durchsuchung einer Person nach an ihrem Körper verborgenen Sachen dann für zulässig zu erklären, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß sich die gesuchte Person, Spur oder Sache in den zu durchsuchenden Räumen — dies wäre also hier der menschliche Körper — befindet. Da aber das Objekt der Durchsuchung bei dem Verdächtigen und bei dem Dritten dasselbe sei, so sei stillschweigend zu ergänzen „daß die gesuchte Sache, Spur oder Person sich in den zu durchsuchenden Räumen und Sachen oder an den zu durchsuchenden Personen befindet“. Auf diese Weise will die herrschende Lehre, wie Rosenmeyer zutreffend bemerkt, aus Zweckmäßigkeitsgründen in den § 103 die Zulässigkeit der Durchsuchung der Person hineininterpretieren. So behauptet Friedrichs (a. a. O. S. 390 ff.), der Ausdruck „Räume“ stehe zu sehr im Schatten des Satzbaues, um eine Abweichung des § 103 vom § 102 hinsichtlich des Objektes bewirken

---

[1]) vgl. Löwe-Hellweg zu § 103; Stenglein zu § 103; Glaser Bd. 2 S. 291; Keller S. 115; Friedrichs S. 390; v. Kries S. 296, 410; Puchelt S. 224; Thilo S. 102; Dalcke zu § 103; Rupp S. 269; Birkmeyer S. 405 a. a. O.

[2]) Löwe zu § 103; Birkmeyer S. 505.

zu können. § 103 habe den Zweck, die Gewalt der Staatsbeamten bei der Durchführung staatlicher Strafansprüche einzuschränken, daher sei alles erlaubt, was nicht ausdrücklich verboten sei. Es ist richtig, daß § 103 kein Verbot der Personaldurchsuchung ausspricht, hieraus ergibt sich aber noch nicht, daß die Personaldurchsuchung erlaubt ist. Friedrichs verkennt die Stellung des § 103 zu den Grundrechten der Verfassung. Er sieht den § 103 nur als Einschränkung des § 102, während doch § 103 selbständig neben § 102 einen Ausnahmesatz in dem Sinne darstellt, daß Eingriffe in die persönliche Freiheit unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise erlaubt sind. Friedrichs nimmt an, daß besondere Maßregeln zur zwangsweisen Durchsuchung der Person nicht gegeben seien und daß eine Verhaftung des zu Untersuchenden unzulässig sei. Nach seiner Ansicht kann der Betroffene dann nicht mehr durchsucht werden, wenn er sich dem tatsächlichen Machtbereiche des Gerichts entzogen hat. Dieser Mangel der Durchführbarkeit zeigt, daß die Beweisführung von Friedrichs nicht schlüssig ist. Denn bestände eine Duldungspflicht des Dritten, so wären dem Richter auch Zwangsmaßregeln gegeben. Friedrichs übersieht, daß im Regelfalle der zu Durchsuchende allerdings Zeuge ist, und daß zu dessen Herbeischaffung an den Ort des Gerichts die gegen den Zeugen zulässigen Zwangsmittel angewendet werden können.

Auch das Reichsgericht hat in dem Urteil v. 11. 6. 1886 die Frage nach der Duldungspflicht des Dritten bejaht. Es handelte sich in dem der Reichsgerichtsentscheidung zugrunde liegenden Fall darum, ob sich Zeuginnen zum Zwecke der Feststellung von an ihnen begangenen Sittlichkeitsdelikten untersuchen, d. h. von einem Sachverständigen besichtigen lassen müssen, ob sie also gezwungen werden können, ihren Körper zum Zwecke der Verwertung als Indiz dem Gerichte zu entblößen. Es ist auf S. 14 gezeigt, daß die Untersuchung des Dritten begrifflich gar nicht unter die Durchsuchungsart des § 103 fallen kann, da ausdrücklich nach den Motiven die Durchsuchung bei dem Dritten nur als Mittel erscheint, um die Beschlagnahme von bestimmten Gegenständen zu ermöglichen. Es könnte hier eingewendet werden, daß nach dem Text des Gesetzes die Durchsuchung bei dem Dritten

auch behufs Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung zulässig ist. Dies beweist jedoch nichts. Denn die ganze Fassung des Gesetzes zeigt, daß in der Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung eine ähnliche Art des Suchens gesehen wird, wie zum Zwecke der Ergreifung des Beschuldigten. Die Durchsuchung behufs Verfolgung einer strafbaren Handlung bezweckt daher nicht die Auffindung von Beweismitteln, sondern die Feststellung, ob in einer Wohnung Spuren vorhanden sind, die zur Ermittlung des Täters führen können. Während die Durchsuchung behufs Beschlagnahme bestimmter Gegenstände den Beweis erleichtern soll, ob ein gewisser Täter die strafbare Handlung begangen hat oder nicht, dient die Durchsuchung behufs Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung der Ermittlung, wo der Täter sich aufhält. Wäre dem nicht so, so enthielte — selbst vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus betrachtet — der § 103 dem § 102 gegenüber gar keine Einschränkung. Denn wenn unter dem Titel „Durchsuchung behufs Erforschung von Spuren einer strafbaren Handlung" alles mögliche gesucht und durchsucht werden darf, so ist die Kautel des § 103, daß nur nach bestimmten Gegenständen gesucht werden darf, illusorisch.

Das angezogene Reichsgerichtsurteil behandelt eigentlich nur den Fall der zwangsweisen Untersuchung (Körperbeschaffenheit Indiz). Es wollte jedoch wohl über den zur Entscheidung vorliegenden Fall hinausgehen und auch Stellung nehmen zu der Frage, ob die Durchsuchung der Person des Dritten nach Fremdkörpern zulässig sei. Es hat diese Frage bejaht, indem es von dem Satze ausgeht, daß mit der Berechtigung zu irgendeinem Akte den Organen der Strafrechtspflege auch die Befugnis zur Überwindung eines entgegengesetzten Widerstandes gegeben sei, insoweit das Gesetz nicht Einschränkungen vorgesehen habe. Mit Recht weist Beling[3]) darauf hin, daß das Gesetz auch den Richter ermächtigt hat, sich seine Überzeugung durch Vernehmung von Zeugen zu bilden, daß es sich damit aber nicht begnügt hat; es hat ihm auch Mittel in die Hand gegeben, um einen wider-

---

[3]) Beling S. 476 a. a. O.

spenstigen Zeugen zu zwingen, das, was er weiß, auszusagen. Diese Zwangsmittel des Richters werden durch die Vorschriften über die Zeugnispflicht und die Folgen der Zeugnisverweigerung geregelt. Nun könnte man allerdings einwenden, gerade diese Vorschriften bedeuten eine Einschränkung gegenüber der vom Reichsgericht angenommenen unbegrenzten Macht der Organe der Strafrechtspflege zur Überwindung jedes Widerstandes, der einem Akt, den vorzunehmen die Behörde berechtigt sei, entgegengesetzt werde. Allein eine derartige Ansicht würde die Stellung der Vorschriften über die Zeugnispflicht im System der Rechte und Pflichten eines Staatsbürgers verkennen. Sie bedeuten nicht eine Einschränkung der richterlichen Macht, sondern eine Einschränkung der verfassungsmäßig gewährleisteten Freiheit des Staatsbürgers im Tun und Lassen. Man wird doch nicht sagen können, daß der § 69 StPO. ein Verbot für den Richter enthalte, im Gegenteil, diese Gesetzesbestimmung gewährt dem Richter die Erlaubnis, einen Dritten so weit in seiner persönlichen Freiheit zu beschränken, daß er ihn zwingt oder wenigstens mit den gegebenen Mitteln zu zwingen sucht, seine Aussage zu machen. Das Reichsgericht nimmt nun wie die meisten Vertreter der herrschenden Lehre an, daß die Fassung des Gesetzes im § 103 inkorrekt sei. Es führt weiter aus, das Gesetz habe nicht gewissermaßen „durch eine Hintertür" eine Beschränkung einführen wollen, die sich mit den Zwecken der Strafrechtspflege kaum vereinbaren lasse.

Ob die Durchsuchung von Dritten im Strafprozeß unentbehrlich ist, ist eine Frage, über die man verschiedener Ansicht sein kann. Hier soll die Bejahung dieser Frage unterstellt werden.

Ergibt sich daraus die Möglichkeit, den § 103 so ausdehnend auszulegen, wie das Reichsgericht es getan hat? Für die Auslegung des § 103 sind oben (§ 27) die Motive zur Strafprozeßordnung herangezogen worden. Es ist mit Voitus[4]) und Holtzendorff ausgeführt worden, daß der Wortlaut der Motive einer ausdehnenden Auslegung entgegensteht. Das Umgekehrte will Dalcke gerade aus den Motiven herleiten. Beling[5])

[4]) Voitus S. 275 a. a. O.

[5]) Beling a. a. O. S. 498.

dagegen findet in den Motiven weder Gründe für noch gegen die Zulässigkeit der Personaldurchsuchung.

Selbst wenn man der Annahme Belings folgt, daß die Motive keine Anhaltspunkte für die behandelte Frage enthielten, darf von einer ausdehnenden Auslegung des § 103 nicht die Rede sein. Die Berücksichtigung der ratio legis[6]) darf nicht so weit gehen, den strikten Wortlaut eines Ausnahmesatzes, wie ihn § 103 darstellt, in einer Weise umzustoßen, die die empfindlichste Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit mit sich bringen kann und muß.[7]) Nicht alles, was Bedürfnis der Rechtspflege ist, ist auch Rechtens. Das Bedürfnis muß auch gesetzlich anerkannt sein, zumal in einem Falle, in dem nach der Verfassung ein Gesetz bestehen muß, das erlaubt, in die Rechtssphäre des einzelnen so empfindlich einzugreifen. Eine ausdehnende Auslegung verbietet sich demnach aus den angeführten Gründen.

IV. Die sich aus der herrschenden Lehre ergebenden Folgerungen.

Aus der herrschenden Lehre, daß aus § 103 die Pflicht des Dritten herzuleiten ist, sich körperlich untersuchen zu lassen, ergeben sich höchst bedenkliche Folgerungen.

Nach § 105 StPO. steht die Anordnung von Durchsuchungen dem Richter, bei Gefahr im Verzug auch der Staatsanwaltschaft und denjenigen Polizei- und Sicherheitsbeamten zu, welche als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft Anordnungen derselben Folge zu leisten haben. In den meisten Fällen wird Gefahr im Verzug vorliegen, wenigstens nach der Ansicht der Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft. Denn am Körper verborgene Beweismittel können bis zur richterlichen Anordnung der Durchsuchung anderweitig untergebracht werden, am Körper vorhandene Indizien können undeutlich werden oder gänzlich verschwinden. Demnach würde vom Standpunkt des Reichsgerichts jedem beliebigen Polizeibeamten das Recht zustehen, z. B. eine genotzüchtigte

---

[6]) vgl. Birkmeyer S. 505 a. a. O.

[7]) vgl. Franck in ZStW. Bd. 12 S. 133.

Frauensperson gegen ihren Willen zu entkleiden und nach Spuren der ihr angetanen Gewalt zu suchen. Ein Widerstand der Betroffenen wäre nach § 113 RStGB. strafbar. Betrachtet man diese Folge im Hinblick auf die verfassungsmäßig gewährleisteten höchstpersönlichen Rechte, so wird man die von Rosenfeld[1]) aufgeworfene Frage, ob ein derartiger Zustand ungeheuerlich oder selbstverständlich sei, dahin beantworten dürfen, er ist ungeheuerlich.[2])

Kries wendet gegen dieses Ergebnis ein, daß dann auch auf Grund des § 103 die Sachen Dritter nicht durchsucht werden könnten, obwohl nicht einzusehen sei, warum das Gesetz Sachen in höherem Maße habe schützen wollen als Räume. Ähnliche Bedenken hat auch Dalcke.[3])

In der Tat dürfen aber nach § 103 auch die Sachen Dritter — also ein Reisekoffer oder eine Rocktasche — nicht durchsucht werden. Für diese aus der Fassung des § 103 sich ergebende Regelung der Durchsuchung bei dem Dritten vermögen freilich Kries und Dalcke keinen vernünftigen Grund einzusehen, sie schließen deshalb, daß der Gesetzgeber bezüglich der Durchsuchung von Sachen seinen Willen nur in inkorrekter Weise zum Ausdruck gebracht habe; dasselbe sei auch bei der Personaldurchsuchung der Fall, daher seien beide Durchsuchungsarten zulässig. Diese Beweisführung ist selbst bei Unterstellung der Tatsache, daß kein Grund für das Verbot der Durchsuchung von Sachen Dritter zu finden sei, aus zweierlei Gründen nicht schlüssig. Zunächst wäre noch nachzuweisen, daß es nicht ersichtlich sei, warum der Gesetzgeber die Personaldurchsuchung beim Dritten hätte verbieten wollen. Ein derartiger Nachweis dürfte jedoch nicht gelingen. Zweitens darf man nicht schließen: Bei strenger Gesetzesauslegung ist weder die Durchsuchung der Person noch die Durchsuchung

---

[1]) Rosenfeld a. a. O. S. 163 Anm. 4 hält den Zustand für unhaltbar.

[2]) vgl. Beling, Geyer, v. Holtzendorff, John, Bennecke, Franck, Ullmann, Voitus, Rosenmeyer, der die Duldungspflicht des Dritten nach § 103 ebenfalls ablehnt, sie aber aus anderen Gesichtspunkten herleitet. v. Kries hält nur die körperliche Untersuchung des Dritten aus § 103 für unzulässig, bejaht sie jedoch mit anderer Begründung.

[3]) v. Kries S. 286 a. a. O.; Dalcke zu § 103.

von Sachen des Dritten zulässig; für das Verbot der Durchsuchung von Sachen ist ein gesetzgeberischer Grund nicht einzusehen, daher darf das Gesetz nicht streng ausgelegt werden. Diese Ausführungen können nicht beweisen, daß beide Durchsuchungsarten zulässig sind, sie beweisen nur, daß das Gesetz unklar ist.[4])

Auch Rosenmeyer[5]) hält die Durchsuchung von Sachen Dritter für unzulässig, allerdings nur dann, wenn sie sich nicht in den Räumen des Dritten befinden. Diese Ansicht, die übrigens auch John vertritt, steht nicht im Einklang mit der Fassung des Gesetzes. Die Durchsuchung von Sachen Dritter ist schlechthin unzulässig, ebenso die Durchsuchung der Person.[6])

Unter den Vertretern der herrschenden Lehre ist es streitig, ob die Durchsuchung der Kleider am Leibe Durchsuchung der Person oder der der Person gehörigen Sache ist. Das Reichsgericht vertritt den letzteren Standpunkt. Nach meiner Ansicht ist zur Durchsuchung der Person auch die Visitation der Kleider am Leibe zu rechnen. Es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz, wenn es in dem § 102 den Ausdruck „Durchsuchung der Person" angewendet hat, nur an die Verhältnisse der seltenen Fälle gedacht hat, wo am nackten Körper etwas gesucht wird, vielmehr ist, wie oben bereits betont, unter Durchsuchung der Person jedes Suchen zu verstehen, bei der eine Person zwecks Gewinnung eines Indizes berührt werden muß.

§ 5.

Besteht eine selbständige Verpflichtung, die Augenscheinseinnahme zu dulden?

Aus dem § 103 hat sich also eine Pflicht des am Strafprozeß unbeteiligten Dritten, mit seinem Körper als Beweismittel zu dienen, nicht herleiten lassen. Man hat versucht, eine solche Verpflichtung in anderer Weise zu begründen.

---

[4]) vgl. Beling a. a. O. S. 478.

[5]) vgl. Rosenmeyer a. a. O. S. 44.

[6]) And. A. a. a. O. von den Gegnern der herrschenden Lehre: John Bd. 1 S. 816 ff.

Die prozessuale Handlung, durch die der menschliche Körper als Beweismittel verwertet wird, ist die Augenscheinseinnahme, wenn das Gericht ohne weiteres imstande ist, den beweiserheblichen Zustand zu besichtigen (S. 2).[1] Dies ist entweder der Fall, wenn der betreffende Körperteil für gewöhnlich unverhüllt getragen wird, oder wenn die Person freiwillig ihren Körper dem Gerichte ausstellt. Trifft beides nicht zu, ist vielmehr noch eine besondere Handlung des Gerichts nötig, den menschlichen Körper als Beweismittel zu gewinnen, z. B. die zwangsweise Entblößung des Körpers, so ist die Augenscheinseinnahme nur als das letzte Stadium der Benutzung des menschlichen Körpers als Beweismittel zu bezeichnen. Die vorausgehenden, die Augenscheinseinnahme vorbereitenden Handlungen haben wir unter den Begriff der Durchsuchung gebracht und festgestellt, daß eine Person das letzte Stadium — den Augenschein — insoweit zu dulden verpflichtet ist, als sie eine Durchsuchung bezw. eine Beschlagnahme dulden muß. Die Zulässigkeit der die Augenscheinseinnahme vorbereitenden Handlungen wollen einige Schriftsteller[2]) aus einer selbständigen Pflicht zur Duldung des Augenscheins herleiten.

So nimmt z. B. Rosenmeyer an, es bestehe eine selbständige Verpflichtung zur Duldung einer Augenscheinseinnahme, und zwar sowohl bei dem Beschuldigten (vgl. S. 11) wie bei dem Dritten. Nach seiner Ansicht braucht man nicht erst zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Durchsuchung vorliegen, wenn eine Augenscheinseinnahme möglich sei, ohne daß es einer Durchsuchung bedarf. Das ist richtig. Denn wenn die Verwertung des Augenscheinsobjektes ohne Durchsuchung möglich ist, dann hat der Richter die Möglichkeit der sinnlichen Wahrnehmung der beweiserheblichen Tatsache ebensogut wie jeder Dritte. Rosenmeyer nimmt weiterhin an, die Bestimmung des § 86, die erlaubt, daß der Augenschein überall eingenommen werden kann, genüge, um für den einzelnen eine Verpflichtung zu begründen.

Wäre diese Ansicht Rosenmeyers richtig, bestände für den einzelnen eine unbedingte Verpflichtung, den Augenschein zu dulden,

---

[1]) vgl. auch das angezogene Reichsgerichtsurteil.

[2]) Rosenmeyer a. a. O. S. 46; Löwe zu § 86; Dalcke zu § 86; Puchelt zu § 86; Dreyer, Lehrb. § 122 S. 488.

dann wären alle Vorschriften über die Beschlagnahme und die Durchsuchung überflüssig. Denn Rosenmeyer räumt dem Richter zur Durchführung seiner Befugnisse der Augenscheinseinnahme das Recht ein, Gewalt anzuwenden. Es könnte also in jedem Falle, in dem die Augenscheinseinnahme nicht ohne vorbereitende Handlung möglich ist, gegen den Betroffenen Gewalt angewendet werden. Die Vorschriften über die Beschlagnahme und die Durchsuchung mit ihren legislatorisch wohl erwogenen Voraussetzungen und Einschränkungen wären daher illusorisch gemacht.

Daß der Befugnis des Richters zur Augenscheinseinnahme eine korrespondierende Pflicht des Dritten zur Duldung nicht entspricht, ergibt sich ferner aus dem Wesen des Augenscheins.

Die Vorstellungstätigkeit des Menschen vermag allein vermittels Sinneswahrnehmungen mit der Außenwelt in Berührung zu treten.[3] Die Anknüpfungspunkte dieser Wahrnehmungstätigkeit sind oben bereits als Beweismittel bezeichnet worden. Nach § 260 StPO. entscheidet das Gericht nach seiner freien Überzeugung. Die Bildung der Überzeugung ist nicht geregelt in ihrem Verlaufe, nicht von da ab, wo sie eingesetzt ward, vom Anknüpfungspunkte aus, jedoch sind bezüglich der Anknüpfungspunkte selber Vorschriften gegeben.

Eine dieser Vorschriften enthält § 86 StPO. Diese Bestimmung sagt nichts weiter, als daß der Richter Zustände der Außenwelt zu Anknüpfungspunkten seiner Beweistätigkeit machen darf. Durch das Recht der Augenscheinseinnahme räumt das Gesetz die Befugnis ein, sich von dem Vorhandensein gewisser für den Tatbestand wichtiger Merkmale zu überzeugen.

Dieses Recht hatte der Richter nicht immer. Das germanische Recht und der gemeine deutsche Inquisitionsprozeß schrieben eine Besichtigung durch Diener des Gerichts oder Sachverständige vor.[4] In der weiteren Entwicklung wurde dann der Richter berechtigt und verpflichtet, soweit möglich sich selber Kenntnis von dem beweiserheblichen Zustand zu verschaffen. Aus der Entwicklung des Augenscheinsrechts ergibt sich ein Anhaltspunkt nicht dafür,

---

[3] vgl. Rupp a. a. O. S. 102.

[4] vgl. Glaser a. a. O. S. 656.

daß das Gesetz mit der Gewährung des Rechtes zur Augenscheinseinnahme einen publizistischen Anspruch gegen den einzelnen auf Duldung hat begründen wollen.

Es ist ferner mit Beling und John[5]) darauf hinzuweisen, daß das Gesetz auch den Zeugenbeweis für zulässig erklärt hat und außerdem noch dem einzelnen die Pflicht zur Aussage auferlegt hat. Diese besondere Fortsetzung der Zeugnispflicht war im Hinblick auf die Verfassung erforderlich, und ebenso müßte die Augenscheinsduldungspflicht gesetzlich besonders geregelt sein.[6])

Die Augenscheinseinnahme muß nur da geduldet werden, wo sie ohne Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit möglich ist, und sogar hier besteht keine juristische Pflicht des Betroffenen, sondern nur eine tatsächliche Unmöglichkeit, sich der Augenscheinseinnahme zu entziehen, mit andern Worten, es besteht kein Rechtsgrund, diese zu verbieten. Wenn der Richter durch Vergleichung des Aussehens des Angeklagten mit einer Photographie sich Gewißheit über die Identität des Beschuldigten verschafft, so bildet sich auch in diesem Falle die richterliche Überzeugung durch Einnahme des Augenscheins. Es wird aber niemand einfallen zu behaupten, daß die richterliche Handlung durch eine Verpflichtung des Angeklagten, den Augenschein zu dulden, ermöglicht wäre. Umgekehrt, der Angeklagte besitzt keine Möglichkeit und kein Recht, sich der Augenscheinseinnahme zu erwehren.

Schließlich weist Beling[7]) mit Recht darauf hin, daß das Gesetz auch jedenfalls dem Dritten einen Anspruch auf Entschädigung für Mühe und Zeitversäumnis ebenso wie dem Zeugen zugebilligt haben würde, wenn es ihm eine unbegrenzte Verpflichtung zur Duldung des Augenscheins hätte auferlegen wollen. In Ver-

---

[5]) vgl. Beling a. a. O. S. 492.

[6]) Rosenmeyer nimmt an, daß das Gesetz die Augenscheinseinnahme von keinerlei Voraussetzungen abhängig macht. Diese Ansicht steht nicht im Einklang mit der Fassung des § 86. Dieser beginnt mit den Worten: „Findet die Einnahme des Augenscheins statt . . .“ Hieraus ergibt sich, daß § 86 nur das Verfahren der Augenscheinseinnahme selber regeln will, während die vorbereitenden Handlungen der Augenscheinseinnahme mit ihren Voraussetzungen anderen Gesetzesbestimmungen überlassen bleiben.

[7]) Beling a. a. O. S. 493.

bindung mit dem Vorstehenden wird auch dieser an sich vielleicht etwas schwache Beweisgrund die hier vertretene Ansicht unterstützen.

§ 6.

Die Begründung der Duldungspflicht im Wege der Analogie.

Man hat versucht, die Pflicht des Dritten, sich im Strafprozesse körperlich untersuchen zu lassen, unter den Begriff der Zeugnis- und Editionspflicht zu bringen. Während Brauer[1]) die Vorschriften über die Zeugnispflicht direkt anwenden will, glauben Wilmowski-Levy[2]) in der 1. Auflage ihres Kommentars zur Zivilprozeßordnung diese Vorschriften analog anwenden zu können. Es ist daher erstens zu untersuchen, ob eine Verwandtschaft zwischen der Pflicht, sich untersuchen zu lassen, einerseits und der Zeugnis- oder Editionspflicht andererseits besteht; zweitens ob in diesem Falle von einer analogen Anwendung die Rede sein kann.

Die Zeugnispflicht darf in keine Beziehung mit der Pflicht zur Duldung einer Untersuchung gebracht werden, weil beide Pflichten in ihrem Wesen grundverschieden sind. Die Zeugnispflicht verlangt von dem Zeugen ein Tun, nämlich die wahrheitsgemäße Aussage, während die Untersuchungspflicht nur ein Dulden des Betroffenen erheischt. Die einzige Ähnlichkeit der beiden Beweisarten besteht darin, daß die betreffende Person den Beweis führen hilft. Gegen die Annahme einer Verwandtschaft zwischen Zeugnis- und Untersuchungspflicht hat sich die Praxis[3]) und die herrschende Lehre[4]) entschieden. Selbst wenn man eine derartige Verwandtschaft annehmen wollte, dürften die Vorschriften über den Zeugniszwang zur Begründung einer Verpflichtung des Dritten, sich im Strafprozeß körperlich untersuchen zu lassen, nicht analog angewendet werden. Eingriffe in die persönliche Freiheit dürfen nämlich nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen stattfinden. Ebensowenig wie nach § 2 Abs. 1 RStGB. eine Bestrafung auf

[1]) Brauer im ArchKrimR. n. F. 1846 S. 605.

[2]) vgl. Bem. zu § 336.

[3]) vgl. RG. Bd. 19 S. 364.

[4]) vgl. u. a. Stenglein, Komm. zu § 103.

Grund analoger Anwendung einer Strafvorschrift erfolgen darf, weil die Strafe gesetzlich bestimmt sein muß, ebensowenig darf ein Eingriff in die persönliche Freiheit auf Grund eines Analogieschlusses vorgenommen werden.

§ 7.

Die Begründung der Duldungspflicht aus der geschichtlichen Entwicklung.

Kries versucht den Nachweis dafür, daß der Dritte im Strafprozeß die Pflicht habe, sich körperlich untersuchen zu lassen, mit Berufung auf die geschichtliche Entwicklung zu führen. Die Zwecke des Strafprozesses — führt er in seinem Lehrbuche aus — erfordern die Möglichkeit der körperlichen Untersuchung des Dritten in so gebieterischer Weise, daß man sich nicht entschließen könne, diese für das geltende Recht zu verneinen, besonders da die unserer Strafprozeßordnung vorausgehenden territorialen Strafprozeßordnungen eine derartige Verpflichtung gekannt hätten und nicht anzunehmen sei, daß die Reichsstrafprozeßordnung sie durch konkludentes Schweigen habe beseitigen wollen. Diese Begründung ist nicht stichhaltig.

Selbst wenn in den früheren Strafprozeßordnungen für den Dritten eine Pflicht bestanden hätte, sich körperlich untersuchen zu lassen, wäre die Schlußfolgerung von Kries nicht gerechtfertigt. Ein neues Gesetz pflegt frühere Rechtszustände nicht ausdrücklich für jeden Titel einzeln zu beseitigen, sondern die Stellung des neuen Gesetzes zu den früheren in einem Einführungsgesetze zu kennzeichnen. Dieses ist auch in unserem Falle geschehen. § 6 EG. z. StPO. bestimmt, daß die strafprozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze für alle Strafsachen, deren Entscheidung gemäß § 3 nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zu erfolgen hat, außer Kraft treten, insoweit nicht in der Strafprozeßordnung auf sie verwiesen ist. Eine Verweisung, in der auf die in früheren Gesetzen angeblich vorhandene Duldungspflicht zurückgegriffen wird, sucht man vergebens in unserer Strafprozeßordnung, ebenso eine neue Bestimmung, die eine Untersuchung Dritter erlaubt. Man wird daher wohl annehmen dürfen, daß unsere Strafprozeß-

ordnung die Duldungspflicht, wenn sie überhaupt vorhanden war, durch Schweigen hat beseitigen wollen, besonders, da eine derartige Neuregelung der ganzen Tendenz unserer Strafprozeßordnung, die Interessen des einzelnen nach Möglichkeit zu schonen, entspricht.

Die Annahme Kries', daß frühere Strafprozeßordnungen die zwangsweise Untersuchung des Dritten erlaubt hätten, trifft aber überhaupt nicht zu. Es hat nach den früheren territorialen Strafprozeßordnungen eine Duldungspflicht des Dritten gar nicht bestanden. Die württemb. Strafprozeßordnung v. 22. 6. 1843 enthält in den Art. 94, 112, 113, die bad. Strafprozeßordnung vom 6. 3. 1845 im Art. 92 u. 106, die preuß. Kriminalordnung vom 11. 12. 1805 im Art. 145 u. 146 Vorschriften, die sich auf den am menschlichen Körper einzunehmenden Augenschein beziehen. Die Bestimmungen der württemb. Strafprozeßordnung, die typisch auch für die Bestimmungen der anderen Gesetze sind, seien hier wiedergegeben.

Art. 94. Die Gegenstände des Augenscheins müssen von dem Sachverständigen in Gegenwart der Gerichtsperson besichtigt und untersucht werden. Ausnahmen treten nur dann ein, wenn Rücksichten des sittlichen Anstandes solches erheischen oder usw.

Art. 112. Wenn gegen eine Person ein zur Versetzung in den Anschuldigungszustand hinreichender Verdacht heimlicher Geburt und eines damit in Verbindung stehenden Verbrechens, z. B. des Kindsmords, der Abtreibung der Leibesfrucht, der Aussetzung eines Kindes, vorhanden ist, so soll dieselbe von einer Hebamme oder einem Hebarzte, nötigenfalls auch von einem Gerichtsarzte untersucht werden. Desgleichen hat das Gericht, wenn wegen angezeigter Angriffe auf die Sittlichkeit an dem Verdächtigen oder an dem Beschädigten eine Besichtigung notwendig ist, mit letzterer nach Beschaffenheit des Falles den einen oder den andern der erwähnten Sachverständigen zu beauftragen.

Art. 113. Wenn jemand verwundet oder sonst körperlich beschädigt worden ist, so sollen die Spuren der Mißhandlung durch den Gerichtswundarzt untersucht werden. In Fällen schwererer Verletzung hat der Gerichtsarzt mitzuwirken.

Aus diesen Bestimmungen ist klar zu ersehen, daß sie ebenso wie der § 86 unserer Strafprozeßordnung nur dem Richter Anweisung geben wollen, wie bei der Augenscheinseinnahme zu verfahren sei, daß sie, wie Beling[1]) treffend hervorhebt, ihre Stellung nur im Beweisrecht haben. Diese Vorschriften können nur dann eingreifen, wenn sich der Dritte freiwillig der Untersuchung unterworfen hat, und verfolgen den Zweck, ihn in diesem Falle gegen Übergriffe und überflüssige Belästigungen zu schützen. Auch schreiben sie die Mitwirkung gewisser Sachverständiger bei der Augenscheinseinnahme am menschlichen Körper vor, weil von dem Richter auf diesem Gebiet eine weitgehende Sachkenntnis nicht erwartet werden kann. Dies sind die Gründe, warum die Mitwirkung bestimmter Personen vorgeschrieben war, und sie behalten auch dann ihre Berechtigung, wenn eine Duldungspflicht Dritter nicht bestanden hat. Daraus, daß das Verfahren des Beweises am menschlichen Körper geregelt war, läßt sich nicht schließen, daß sich ein jeder Dritte auch einer Untersuchung unterwerfen mußte. Hiergegen könnte man einwenden, daß unsere Strafprozeßordnung auch nur das Verfahren bei der Leichenöffnung und Leichenschau regelt, ohne den Angehörigen eine besondere Duldungspflicht aufzuerlegen, und daß trotzdem eine derartige Verpflichtung unbestritten bestehe. Dem ist zu entgegnen, daß den Angehörigen eines Verstorbenen kein unbeschränktes Recht zusteht, Eingriffe des Staates auf die Leichen zu untersagen, wenn der Eingriff durch öffentliches Interesse geboten ist. Die Rechte, die die Angehörigen an dem Leichnam haben, sind beschränkt. Sie haben dem Staate gegenüber nur das Recht der Bestattung, und dieses ist in seiner Ausübung durch Vorschriften des öffentlichen Rechts vielfach verkürzt (Polizeivorschriften, Friedhofsordnung usw.). Für den vorliegenden Fall brauchte daher eine besondere Verpflichtung der Angehörigen, Leichenschau und Leichenöffnung zu dulden, nicht ausgesprochen werden.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß auch in der Literatur der früheren Strafprozeßordnungen eine Verpflichtung des Dritten, mit seinem Körper als Beweismittel zu dienen,

---

[1]) vgl. Beling S. 484 a. a. O.

durchaus nicht anerkannt war. Zum mindesten hat die Duldungspflicht des Dritten nicht als selbstverständlich gegolten, was Kries anzunehmen scheint. So scheinen z. B. Mittermaier,[1]) der den Grundsatz aufgestellt hat, daß jeder Bürger schuldig ist, die im Interesse der gesellschaftlichen Sicherheit vorgenommene Kriminaljustiz zu befördern, doch hier in den äußersten Folgerungen seiner Lehre Bedenken zu kommen und er fragt: „Wenn ein Gerücht entsteht, daß ein gewisses Mädchen genotzüchtigt sei, soll hier der Inquirent sogleich, wie es ihm beliebt, um die Wahrheit des Gerüchtes festzustellen, das Mädchen einer körperlichen Besichtigung unterziehen können?"

Die historische Beweisführung von Kries kann demnach nicht als gelungen bezeichnet werden.

§ 8.

Die Begründung der Duldungspflicht durch die Justizhoheit des Staates.

So bleibt noch zu prüfen, ob sich aus der Justizhoheit des Staates (v. Wilmowski-Levy in der 1. Aufl. des Komm. z. ZPO.) oder aus der verbindlichen Kraft der richterlichen Anordnung (dieselben in der 2. Aufl.) eine Verpflichtung des Dritten, im Strafprozesse die körperliche Untersuchung zu dulden, herleiten läßt. v. Wilmowski-Levy haben ihre erste Ansicht aufgegeben. Auch der zweiten Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die rechtsverbindliche Kraft der richterlichen Anordnung könnte nur auf der dem Richter übertragenen Justizhoheit des Staates beruhen. Es ist daher noch zu untersuchen, ob wirklich richterliche Anordnungen ganz allgemein die Kraft haben, denjenigen, an den die Anordnung ergeht, zu verpflichten. Die verbindliche Kraft beruht nicht in der Anordnung selbst. Der Richter kann nur deshalb, weil der Dritte nach dem Gesetze zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet ist, eine verbindliche Anordnung dieses Inhalts erlassen. Könnte der Richter, ohne sich auf ein Gesetz zu stützen, nach freiem Ermessen den seiner richterlichen Tätigkeit

---

[1]) Mittermaier a. a. O. S. 174 Anm. 19.

Unterworfenen mit rechtsverbindlicher Kraft zu Handlungen verpflichten, so wären alle Vorschriften der Prozeßordnung, soweit sie sich nicht auf Zuständigkeit usw. beziehen, überflüssig. Gerade hier zeigt sich wieder das Verhältnis der Prozeßvorschriften zu den Grundrechten der Verfassung. Jene bedeuten nicht Einschränkungen einer unbegrenzten Macht des Richters, sondern sie gewähren dem Richter Machtbefugnisse gegenüber der dem Staatsbürger verfassungsmäßig gewährleisteten grundsätzlichen Freiheit im Tun und Lassen.

Nach alledem ist weder aus dem speziellen Gesetzestitel der Durchsuchung (§ 103 StPO.) noch aus Gesichtspunkten allgemeinerer Natur eine Verpflichtung des Dritten herzuleiten, mit seinem Körper im Strafprozesse als Beweismittel zu dienen. Ob de lege ferenda eine Änderung dieses Zustandes zu empfehlen ist, soll im folgenden geprüft werden.

Zweiter Teil.

Die Stellung der Vorarbeiten zur Strafprozeßreform.

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, daß in bezug auf die Benutzung des menschlichen Körpers als Beweismittel zurzeit ein Rechtszustand besteht, der unhaltbar ist. Die strenge Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen läßt eine Personaldurchsuchung des Dritten im Strafprozesse nicht zu. Praxis und Literatur versuchen, um ein angeblich im Interesse der Strafrechtspflege nicht zu entbehrendes Mittel zur Überführung des Beschuldigten nicht ausschließen zu müssen, die Duldungspflicht aus den verschiedensten Gründen herzuleiten. So ist eine Rechtslage geschaffen, die im Gegensatz zu der Verfassung steht. Es erscheint daher die Frage, die das Reichsjustizamt der von ihm zur Vorbereitung der Reform des Strafprozesses im Jahre 1903 berufenen Kommission unter dem Titel „Durchsuchung von Personen" vorgelegt hat, durchaus gerechtfertigt: „Bedarf es einer besonderen Regelung der Frage, ob behufs Verfolgung von Spuren einer Straftat die körperliche Untersuchung unverdächtiger Personen gegen deren Willen angeordnet werden kann?

Wie sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer solchen Anordnung zu bestimmen?"

Im folgenden sollen die Beschlüsse der vorbereitenden Kommission als Protokolle, der im September 1908 vom Reichsjustizamt herausgegebene Entwurf mit Begründung als Vorentwurf und der im März 1909 vom Bundesrat im Reichstag vorgelegte Entwurf als „Entwurf" bezeichnet werden.

Die Protokolle und der Vorentwurf haben scharf unterschieden zwischen dem Fall, in dem die Körperbeschaffenheit der zu untersuchenden Person selbst Indiz ist, und dem Fall, in dem in der Umgebung der Person verborgene Gegenstände zwecks ihrer Verwertung als Indizien gesucht werden.

Der Vorentwurf läßt sich in der Begründung zu § 81 hierüber folgendermaßen aus: „Als körperliche Untersuchung einer Person bezeichnet der Entwurf die Untersuchung, die von einem Sachverständigen im Auftrage des Gerichts oder einer Strafverfolgungsbehörde zu dem Zwecke vorgenommen wird, um festzustellen, ob aus dem Zustande des Körpers auf die Begehung einer strafbaren Handlung geschlossen werden kann. Diejenigen Maßnahmen dagegen, die, ohne eine besondere Sachkunde zu erfordern, nur zu dem Zwecke vorgenommen werden, um festzustellen, ob eine Person Beweismittel oder Einziehungsstücke bei sich trägt, fallen unter den Begriff der Durchsuchung und werden im siebenten Abschnitte geregelt".

Der Vorentwurf faßt den Begriff der Untersuchung zu eng. Denn zweifellos wird der Angeschuldigte untersucht, wenn zwecks Feststellung der Identität vom Gerichte eine Tätowierung am Körper des Verdächtigen besichtigt wird, ohne daß hier eine besondere Sachkunde zur Feststellung der beweiserheblichen Tatsache, nämlich der Identität, erforderlich ist. Daher dürften unter den Begriff der Untersuchung, wie schon auf S. 1 gezeigt worden ist, alle jene Fälle zu rechnen sein, in denen aus der Körperbeschaffenheit selber Schlüsse auf relevante Tatsachen gezogen werden. Auf eine besondere Sachkunde kommt es hierbei nicht an.

Was nun die Stellung der Vorarbeiten der Strafprozeßreform zur Duldungspflicht des Verdächtigen und des Dritten anbetrifft, so haben sich Protokolle, Vorentwurf und Entwurf dahin ausgesprochen, es müsse die Untersuchung und Durchsuchung bei dem Verdächtigen wie bei dem Unverdächtigen, bei Männern wie bei Frauen zulässig sein (vgl. Prot. Beschl. 79—82, Vorentw. §§ 81, 82, 97, 98, Entw. §§ 81, 82, 97 u. 98).

Im einzelnen finden sich nur Unterschiede darin, daß die Voraussetzungen der Durchsuchung und Untersuchung und die dabei zu gebrauchenden Vorsichtsmaßregeln verschieden geregelt werden.

Die Protokolle machen keinen Unterschied bei der körperlichen Untersuchung von Verdächtigen und Unverdächtigen. Sie soll in beiden Fällen zulässig sein, wenn sie für das anhängige Strafverfahren zum Zwecke der Feststellung des Vorhandenseins oder

des Nichtvorhandenseins von Spuren oder Folgen einer strafbaren Handlung notwendig ist. Im Falle der Weigerung soll es zulässig sein, die Durchsuchung zu erzwingen. Die Anordnung der körperlichen Untersuchung soll dem Richter, bei Gefahr im Verzuge auch der Staatsanwaltschaft, zustehen. Die Anordnung des Zwanges soll nur dem Richter zustehen. Für die körperliche Untersuchung einer weiblichen Person soll weiter bestimmt werden, daß sie nur von einem oder mehreren Ärzten (Ärztinnen) vorgenommen werden darf, und daß auf Verlangen der zu Untersuchenden oder ihres gesetzlichen Vertreters eine geeignete weibliche Person als Beistand zuzuziehen ist, wenn dies ohne Gefährdung des Untersuchungszweckes möglich ist.

Hier drängt sich unwillkürlich der Gedanke auf, daß es eine Ungerechtigkeit ist, in gleicher Weise und unter gleichen Voraussetzungen dem Verdächtigen wie dem Dritten die Verpflichtung, sich körperlich untersuchen zu lassen, aufzuerlegen. Während die körperliche Untersuchung des Verdächtigen sowohl zu seiner Belastung wie zu seiner Entlastung führen kann, mithin in dessen Interesse liegt, wird dem Dritten der Ausgang des Strafprozesses regelmäßig gleichgültig sein. Ist er zugleich der Verletzte, so wird er sich wegen seines Interesses an der Untersuchung des Schuldigen meist freiwillig untersuchen lassen. Weigert er sich jedoch, eine körperliche Besichtigung zu dulden, so muß für ihn doch zweifellos die Pflicht zur Duldung des Augenscheins von anderen Voraussetzungen abhängig gemacht sein wie für den Verdächtigen.

Dieser Gedanke liegt dem § 81 des Vorentw. wohl zugrunde, nachdem die körperliche Untersuchung des Verdächtigen zum Zwecke der Feststellung von Tatsachen, die für die Untersuchung von Bedeutung sind, zulässig ist, während nach § 82 die körperliche Untersuchung einer nicht verdächtigen Person ohne deren Einwilligung nur erfolgen darf, wenn sie zum Zwecke der Feststellung, ob eine bestimmte Spur oder Folge an dem Körper der Person sich befindet, unerläßlich ist.

Beide Arten von Personen haben nach dem Vorentwurf das Recht der sofortigen Beschwerde gegen die angeordnete körperliche Untersuchung, die Suspensiveffekt hat für den Fall, daß der Zweck der Maßregel nicht gefährdet wird. Die körperliche Untersuchung

einer weiblichen Person ist einem Arzte zu übertragen. Bei Gefahr im Verzuge darf sie einer Frau übertragen werden. Der Arzt darf eine Frau oder eine weitere Medizinalperson zuziehen. Andere Personen dürfen bei der Untersuchung nicht zugegen sein, doch soll auf Verlangen der von der Untersuchung Betroffenen oder ihres gesetzlichen Vertreters eine andere weibliche Person oder ein Angehöriger zugelassen werden.

Der Entwurf nimmt in §§ 81 u. 82 dieselbe Stellung zu der behandelten Frage ein wie der Vorentwurf. Sehen wir zu, ob die getroffenen Kautelen ausreichend sind. Die Regelung der Untersuchung des Verdächtigen mit dem ihm gewährten Beschwerderecht mit Suspensiveffekt und der besonderen Rücksicht auf weibliche Beschuldigte bedeutet einen wesentlichen Fortschritt gegenüber dem geltenden Recht. Dagegen haben die Entwürfe bei der Regelung der Frage, inwieweit die körperliche Untersuchung Dritter zwangsweise durchgeführt werden darf, dem Rechtsempfinden nicht genügend Rechnung getragen.

Bei der Untersuchung von Männern mögen die geschaffenen Kautelen genügen; der Mann wird im Interesse des Staatswohls auch in anderen Fällen, z. B. bei der Gestellung zum Militärdienst, einer genauen körperlichen Besichtigung unterworfen. Daher wird man auch hier die Verpflichtung des Dritten, sich körperlich untersuchen zu lassen, wohl aufstellen dürfen, zumal da die Praxis einmütig eine Untersuchungspflicht verlangt.

Daß die Entwürfe die Untersuchung von Frauen auch gegen deren Willen, allerdings unter verschiedenen Voraussetzungen, für zulässig erklärt haben, kann in vollem Maße nicht gebilligt werden. Wenn einzelne Schriftsteller in Reformvorschlägen empfohlen haben, Frauen eine Verpflichtung, die Besichtigung zu dulden, überhaupt nicht aufzuerlegen, so geht dies freilich nach der anderen Richtung zu weit. Stenglein[1]) vertritt den Standpunkt, daß eine Untersuchung der Geschlechtsteile nie erzwungen werden sollte, es sei besser, ein Beweismittel fallen zu lassen, als gegen ein unverdächtiges Weib eine in ihr Schamgefühl so tief eingreifende Maß-

[1]) Stenglein im Gerichtssaal Bd. 62 S. 261; so auch v. Liszt in der Nation Bd. 5 Nr. 22 S. 339.

regel anzuordnen. Eine derartig weitgehende Berücksichtigung des weiblichen Schamgefühls würde jedoch dem Angeklagten oft ein wichtiges Verteidigungsmittel entziehen. Man denke an die nicht seltenen Fälle, in denen, namentlich in ländlichen Kreisen, Kinder behaupten, von ihrem Lehrer oder dem Geistlichen geschlechtlich mißbraucht worden zu sein. Die Kinder machen zuweilen ihre Aussagen in so bestimmter Weise, daß sich das Gericht trotz der Eidesunmündigkeit dieser Zeugen dem Eindruck nicht entziehen kann, daß die Darstellung den Tatsachen entspricht. Hier ist es ganz unabweislich, dem Angeklagten das Recht zuzugestehen, die körperliche Untersuchung der Kinder zu seiner Entlastung zu verlangen. Ähnlich liegen die Fälle, in welchen eine hysterische Frauensperson behauptet, von Männern angegriffen worden zu sein. Auch hier ist oft die körperliche Untersuchung der angeblich Verletzten der einzige Weg für den Beschuldigten, seine Unschuld darzutun. Dem Beschuldigten darf daher nie der Weg verschlossen sein, seinen Entlastungsbeweis dadurch zu führen, daß er verlangt, das Gericht solle mit oder ohne Zuziehung von Sachverständigen den Körper der gegen ihn aussagenden Person besichtigen und zwar in jedem Falle, nicht nur, wo ein begründeter Verdacht besteht, daß die betreffende Person unwahre oder unvollständige Angaben über ihre Körperbeschaffenheit gemacht hat, eine Einschränkung, die Loewenstein[2]) machen will.

Ob man allerdings einer Frau auch die Verpflichtung auferlegen soll, zwecks Belastung des Angeklagten ihren Körper vom Gerichte untersuchen zu lassen, erscheint nicht unbedenklich. Hier ist es bei der Kollision zwischen dem Interesse der Allgemeinheit und dem Interesse der Frau schwierig, eine befriedigende Lösung zu finden. Das Schamgefühl der Frau ist in vielen Fällen sehr stark ausgebildet. Es sei daran erinnert, daß viele Frauen jahrelang Frauenleiden mit sich herumtragen, ohne sich an einen Arzt zu wenden, weil sie die Besichtigung ihres nackten Körpers, insbesondere ihrer Geschlechtsteile, für unerträglich halten. Zur Belastung des Angeklagten dürfte daher eine Frau gegen ihren Willen nur dann untersucht werden, wo ein

---

[2]) vgl. Loewenstein bei Aschrott a. a. O. S. 275.

besonderes Interesse der Gesellschaft an der Verfolgung der begangenen Tat vorliegt. Es kann unmöglich eine Regelung der Duldungspflicht für jedes einzelne Delikt getroffen werden. Es empfiehlt sich, der Dreiteilung unseres Strafgesetzbuches, mag sie auch noch so äußerlich sein, folgend, Frauen nur im Falle eines an ihnen begangenen Verbrechens einer körperlichen Untersuchung gegen ihren Willen zu unterwerfen.

Vielleicht ergeben sich auch noch bei einer derartigen Regelung Härten, doch lassen sich solche wohl kaum gänzlich vermeiden, wenn man eine Duldungspflicht überhaupt anerkennen will.

Der Entwurf läßt noch bei der Regelung der Untersuchungspflicht von Verdächtigen und von Dritten eine Bestimmung vermissen, die ähnlich wie beim Zeugnisverweigerungsrecht dahin geht, daß diejenige Person, die einer körperlichen Untersuchung unterworfen werden soll, zuvor von ihrem Rechte der Beschwerde unter Zuziehung von Angehörigen zu belehren ist.

Zu der Frage, ob die zur Zeugnisverweigerung berechtigte Person auch die körperliche Untersuchung verweigern darf, hat der Entwurf selber keine Stellung genommen. Ein Antrag, dem § 82 als Abs. 3 anzufügen:

> Personen, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, können die körperliche Untersuchung verweigern

wurde abgelehnt und der § 82 in der Fassung des Entwurfs angenommen. Die Ablehnung wurde folgendermaßen begründet: Das Recht bestimmter, dem Angeklagten nahestehender Personen, das Zeugnis zu verweigern, enthebe diese nicht der Pflicht, Objekt der Augenscheinseinnahme und der Untersuchung zu sein. Ratio legis der gestatteten Zeugnisverweigerung sei, den Zeugen nicht in die Versuchung des Meineids zu führen. Diese Gefahr sei aber hier bei dem nur passiven Verhalten des Betroffenen nicht vorhanden.[3]

Diese Ansicht erfaßt den Zweck des Gesetzes der §§ 51 ff. nicht in vollem Maße. Als man die Angehörigen des Beschuldigten von der Verpflichtung zur Aussage befreite, war hierfür in erster

[3]) So auch RG. Bd. 14 S. 364.

Linie der Gedanke maßgebend, daß man den Zeugen im Konflikte mit der menschlich verständlichen Rücksichtnahme auf den Beschuldigten und der Verpflichtung zur wahrheitsmäßigen Aussage nicht in die Versuchung des Meineids führen wollte. In zweiter Linie bedachte man, daß das Gefühl für den Zeugen niederdrückend sein müsse, durch die Abgabe einer wahrheitsmäßigen Aussage eine nahestehende Person belastet zu haben. Nicht nur die Bedenken des Zeugen vor der Abgabe der Aussage, auch seine späteren ethischen Bedenken wurden berücksichtigt. Daß dieser Grund mit maßgebend war, ergibt sich aus dem § 95 unserer Strafprozeßordnung, nach dem die zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen nicht der Editionspflicht unterliegen, d. h. daß auf sie die sonst gegebenen Zwangsmittel keine Anwendung finden. Da hier von einer Gefahr des Meineids keine Rede sein kann, ist offenbar, daß der Gesetzgeber z. B. dem Vater, der Ehegattin das Gefühl ersparen wollte, zur Verurteilung des Angehörigen in irgendeiner Weise beigetragen zu haben. Es wäre eine unserm Rechtsgefühl nicht entsprechende Konstruktion, wenn man sagen wollte, das Gesetz wolle dem Angehörigen nur ein belastendes Tun ersparen, eine Duldung hingegen, die den Angeschuldigten belastet, könne dem Angehörigen ruhig zugemutet werden. Daß bei dem Angehörigen des Angeschuldigten eine Durchsuchung der Räume stattfinden darf, spricht nicht gegen diese Annahme. Es handelt sich bei der Durchsuchung von Räumen um rein objektive Feststellungen. Der Angehörige braucht sich keine Vorwürfe zu machen, wenn man in seiner Wohnung Beweismittel gegen den Beschuldigten vorfindet. Soll er dagegen Beweismittel herausgeben oder mit seinem Körper als Beweismittel dienen, so spricht das subjektive Moment mit, die Verurteilung des Angeschuldigten persönlich ermöglicht zu haben. Hieraus ist ersichtlich, daß der gesetzgeberische Zweck der gestatteten Zeugnisverweigerung weiter geht, als von dem Reichsgericht [4]) angenommen wird. Es besteht zwar zwischen der Zeugnis- und der Untersuchungspflicht kein innerer Zusammenhang. Dennoch darf das Gericht gegen den Willen des Betroffenen eine körperliche

---

[4]) vgl. RG. Bd. 19 S. 364.

Untersuchung nicht vornehmen, wenn dieser zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist. Denn andrenfalls würde die Benutzung des körperlichen Befundes oft das Zeugnisverweigerungsrecht illusorisch machen, und der Angehörige des Beschuldigten hätte nach der Verurteilung das drückende Gefühl, in seiner Person den Belastungsbeweis erleichtert oder gar ermöglicht zu haben. Berücksichtigt man den oben geschilderten gesetzgeberischen Grund für die Befreiung des Angehörigen von der Zeugenaussage, so wird man sagen dürfen, daß die zwangsweise durchgeführte körperliche Untersuchung desjenigen, der zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist, eine Umgehung in fraudem legis ermöglicht. Daher ist sie unzulässig. Man braucht den Angehörigen kein besonderes Recht, die Durchsuchung zu verweigern, zuzugestehen, doch sollte die körperliche Besichtigung nicht gegen den Willen des Betroffenen vorgenommen werden, weil sie dem Geist des Gesetzes widerspricht.

In bezug auf die Neuregelung der Frage, inwieweit die körperliche Durchsuchung stattfinden darf, bedeutet der § 98 des Entw. einen Fortschritt in redaktioneller Hinsicht, gegenüber dem § 98 des Vorentw., da der Entwurf die Objekte der Durchsuchung dem Dritten nochmals ausdrücklich nennt und damit eine Streitfrage, wie sie für das geltende Recht entstanden ist, unmöglich macht.

§ 97 des Entw. lautet: „Ein Verdächtiger, die Sachen, die er bei sich führt, seine Wohnung und andere Räume dürfen durchsucht werden, um Beweismittel oder Einziehungsstücke aufzufinden, die Sachen und Räume auch, um einen Verdächtigen aufzufinden. Eine weibliche Person darf ohne ihre Einwilligung nur von einer Frau untersucht werden, ebenso die Kleidung, die sie an sich trägt".

Diese Vorschriften gelten auch für die Durchsuchung einer Person, die unter Polizeiaufsicht steht, ihrer Sachen und Räume.

§ 98: „Andere Personen, ihre Sachen und Räume dürfen nur durchsucht werden, um bestimmte Gegenstände in Beschlag zu nehmen, die Sachen und Räume auch, um bestimmte Spuren einer strafbaren Handlung zu verfolgen oder um einen Verdächtigen aufzufinden; die Durchsuchung ist nur zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß der Ver-

dächtige, die Spur oder die Sachen sich finden werden. Die Vorschriften des § 97 Abs. 1 Satz 2 finden Anwendung.

Räume, in denen der Verdächtige gefunden wird oder die er während der Verfolgung betreten hat, können ebenso durchsucht werden wie die Räume des Verdächtigen selbst".

Diese Vorschriften, die sich durch klare Fassung auszeichnen, werden dem Bedürfnisse der Rechtspflege und zugleich auch dem Interesse des einzelnen genügen. Besonders wichtig ist die Bestimmung, daß die Durchsuchung einer weiblichen Person ohne ihre Einwilligung nur von einer Frau vorgenommen werden darf. Ob sich hierbei bei praktischer Anwendung nicht doch Schwierigkeiten herausstellen werden, ist allerdings zweifelhaft. Einen wirklichen Wert hat die Bestimmung nur dann, wenn bei der Durchsuchung männliche Personen nicht zugegen sein dürfen. Dies ist aber nur durchführbar an Orten, an denen Frauen vorhanden sind, die — wie z. B. eine Polizeiassistentin — die Beamtenqualität besitzen. Eine Durchsuchung durch eine weibliche Privatperson wird der Staatsanwaltschaft wohl meist nicht genügen.

Schließlich fehlt die Bestimmung, daß die zu durchsuchende Person zuvor darüber zu belehren ist, daß ohne ihre Einwilligung die Durchsuchung nur von einer Frau vorgenommen werden darf. Da nach § 101 Abs. 1 des Entw. bei Gefahr im Verzuge auch die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft die Durchsuchung anordnen dürfen, sind diese besonders anzuweisen, die von der Durchsuchung betroffene Person über ihre Rechte zu belehren.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich bin am 11. November 1889 als Sohn des Kaufmanns David Herrmann und dessen Ehefrau Jenny geb. Hirsch zu Frankfurt a. M. geboren. Von Ostern 1899 ab besuchte ich das Kgl. Kaiser-Friedrichs-Gymnasium zu Frankfurt a. M. und bestand 1908 die Reifeprüfung. Ich studierte 6 Semester in München, Freiburg und Marburg Jurisprudenz und bestand im Juni 1911 vor der Kgl. Prüfungskommission für die erste juristische Staatsprüfung zu Kassel das Referendarexamen. Von dieser Zeit an bin ich im Oberlandesgerichtsbezirk Frankfurt a. M. als Referendar angestellt.